

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa, na rzecz Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP PL.K S.A., ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,918 w Strzelcach Opolskich w ramach projektu: POIiŚ 7.1 - 65 „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 211-373031.

Kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu są: cena oferty - waga 50%, termin realizacji zamówienia - waga 25%, okres gwarancji - waga 25%.

Odwołujący: TRAKCJA PRkil S.A., ul. Złota nr 59/XVIII p., 00-120 Warszawa w dniu 2 kwietnia 2015 r. został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. i dowiedział się, że jego oferta zajęła III miejsce w rankingu ofert.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 kwietnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez dokonanie następujących czynności:

- w sposób niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków (IDW) dokonanie oceny ofert w zakresie nadania im punktacji w kryterium "cena",
- bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy - POLWAR S.A. jako najkorzystniejszej.

Zarzucił, że czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów art. 7 ust 1 i 3 oraz art 91 ust 1 ustawy Pzp, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania czynności ponownej oceny ofert.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający w postanowieniu zawartym w pkt 20.8.1, ustalił zmienny system liczenia punktacji w kryterium oceny ofert - "CAŁKOWITA CENA BRUTTO" i uzależnił on sposób liczenia punktów w powyższym kryterium od ilości ocenianych ofert.

Zaznaczył, że inaczej liczona jest punktacja, gdy ilość ocenianych ofert wynosi od 1 do 3 {stosowany jest wzór zawarty w pkt 20.8.1 lit. a) IDW}, i inaczej, gdy ilość ocenianych ofert wynosi od 4 w górę, i w tym przypadku stosowane mogą być jeszcze dwa różne sposoby liczenia punktów.

Zwrócił uwagę, że inny stosowany jest wzór {zawarty w pkt. 20.8.1 lit b) tiret pierwsze EDW}, gdy cena ocenianej oferty jest równa lub niższa od wartości wyliczonej „średniej miarodajnej wartości ofert”, określonej we wzorze jako "Śo", i inny stosowany jest wzór {zawarty w pkt. 20.8.1 lit b) tiret drugie ID W}, gdy cena ocenianej oferty jest wyższa od średniej "Śo".

Zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 12 ofert., a Zamawiający wykluczył z postępowania 8 wykonawców, do oceny pozostały 4 oferty, przy czym, pozostały dwie oferty z cenami poniżej średniej miarodajnej - oferta wykonawcy POLWAR SA (cena oferty – 6.150.000 zł) i wykonawcy Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. (cena oferty – 6.263.002, 70 zł) oraz dwie oferty z cenami powyżej średniej miarodajnej - oferta wykonawcy PORR (POLSKA) S.A. (cena oferty - 6.628.470,00 zł) i oferta Odwołującego (cena oferty – 6.628.470 zł).

Podniósł, że średnia miarodajna Śo, wyliczona zgodnie z wzorem podanym w pkt 20.8.1 ppkt b) IDW, wynosi 6.445.763,35 zł.

Wobec zaistniałej sytuacji w kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO" oferty wykonawców POLWAR S.A. i Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. punktowane były – według Odwołującego - zgodnie z wzorem zawartym w pkt 20.8.1 lit. b) tiret pierwsze IDW, zaś oferty wykonawców PORR (POLSKA) S.A. i Odwołującego były punktowane zgodnie ze wzorem zamieszczonym w pkt 20.8.1 lit b) tiret drugie IDW.

Zarzucił przy tym, że Zamawiający zastosował właściwe wzory, lecz podstawiał do nich niewłaściwe dane liczbowe, stąd wystąpiła omyłka w wyliczeniu dla ofert punktów w

kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO".

Zwrócił uwagę że po wyliczeniu przez Zamawiającego punktów w kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO", omyłka jest widoczna tzw. "gołym okiem", bez potrzeby przeliczania punktacji, a to dlatego, że pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a ceną oferty wykonawcy POLWAR S.A. występuje różnica w wysokości tylko 8,09% ($6.647.295,15 \text{ zł} - 6.150.000,00 \text{ zł} / 6.150.000,00 \text{ zł} \times 100\%$), zaś oferta POLWAR S.A. w kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO" uzyskała 3,33 razy więcej punktów od oferty Odwołującego (50 pkt/15 pkt), czyli więcej o 233,33% punktów ($50 \text{ pkt} - 15 \text{ pkt} / 15 \text{ pkt} \times 100\%$).

W ocenie Odwołującego ta dysproporcja winna natychmiast dać Zamawiającemu informację o niewłaściwym wyliczeniu punktów.

Z analizy punktacji nadanej ofertom przez Zamawiającego wynika - zdaniem Odwołującego, że:

- przy wyliczeniu punktów dla ofert wykonawców POLWAR S.A. i Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. do wzoru z pkt 20.8.1 lit. b) tiret pierwsze IDW podstawiono najniższą całkowitą cenę brutto spośród ofert, które pozostały do oceny, czyli cenę oferty wykonawcy POLWAR S.A. w wysokości 6.150.000,00 zł, zamiast podstawienia najniższej oferowanej całkowitej ceny brutto, zgodnie z opisem zawartym pod wzorem, którą jest cena wykonawcy konsorcjum firm: Intop Warszawa Sp. z o.o. i Intop Szczecin Sp. z o.o. w wysokości 4.917.916,38 zł,
- przy wyliczeniu punktów dla ofert wykonawców PORR (POLSKA) S.A. i Odwołującego do wzoru z pkt 20.8.1 lit. b) tiret drugie IDW podstawiono najdroższą cenę spośród ofert, które pozostały do oceny, czyli cenę oferty Odwołującego w wysokości 6.647.295,15 zł, zamiast podstawienia najdroższej oferowanej całkowitej ceny brutto, zgodnie z opisem zawartym pod wzorem, którą jest cena wykonawcy konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "ARMEX" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "Bud-Most" Sp. z o.o. w wysokości 9.753.450,46 zł.

W przekonaniu Odwołującego przy prawidłowym podstawieniu danych do wzorów, w kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO", oferty uzyskałyby następującą ilość punktów:

- oferta wykonawcy POLWAR S.A. za cenę oferty - 45,97 punktów, za termin gwarancji - 12,50 punktów, za termin wykonania zamówienia - 25,00 punktów, łącznie 83,47 punktów,
- oferta wykonawcy Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. za cenę oferty - 45,60 punktów, za termin gwarancji - 14,50 punktów, za termin wykonania zamówienia -

18,62 punktów, łącznie 78,72 punktów,

- oferta wykonawcy PORR (POLSKA) S.A. za cenę oferty - 43,34 punktów, za termin gwarancji - 12,50 punktów, za termin wykonania zamówienia - 21,25 punktów, łącznie 77,09 punktów,

- oferta Odwołującego za cenę oferty - 43,17 punktów, za termin gwarancji - 25,00 punktów, za termin wykonania zamówienia - 17,25 punktów, łącznie 85,42 punktów.

Nadto argumentował, że przy zastosowaniu prawidłowych danych do wzorów w kryterium "CAŁKOWITA CENA BRUTTO" przyznana ofertom punktacja w tym kryterium będzie proporcjonalna do wysokości cen ofert, i tak:

- oferta wykonawcy POLWAR S.A. - cena 6.150.000,00 zł, przyznana ilość punktów wynosić będzie 45,97,

- oferta wykonawcy Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. - cena 6.263.002,70 zł, przyznana ilość punktów wynosić będzie 45,60,

- oferta wykonawcy PORR (POLSKA) S.A. - cena 6.628.470,00 zł, przyznana ilość punktów wynosić będzie 43,34,

- oferta Odwołującego - cena 6.647.295,15 zł, przyznana ilość punktów wynosić będzie 43,17.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zgodnie z wyżej przedstawionym wyliczeniem punktów, ostateczny ranking ofert będzie następujący:

- I miejsce zajmie oferta Odwołującego z ilością punktów 85,42,
- II miejsce zajmie oferta wykonawcy POLWAR S.A. z ilością punktów 83,47,
- III miejsce zajmie oferta wykonawcy Firesta-Fiser, rekonstrukcje, stavby a.s. z ilością punktów 78,72,

- IV miejsce zajmie oferta wykonawcy PORR (POLSKA) S.A. z ilością punktów 77,09.

Reasumując stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw faktycznych do uznania, że oferta wykonawcy POLWAR S.A., zgodnie z ustalonymi w IDW kryteriami oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą, a zatem dokonując wyboru tej oferty naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert wykonawców, w tym oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 kwietnia 2015r. wraz z załącznikiem do wyboru oferty, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestia oceny czy Zamawiający dokonał oceny ofert w trybie i w sposób odpowiadający postanowieniom pkt. 20 SIWZ.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 20.7. SIWZ Zamawiający miał ocenić i porównać jedynie te oferty, które:

- 1) zostaną złożone w terminie,
- 2) nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego,
- 3) zostaną złożone przez Wykonawców niewykluczonych przez Zamawiającego z niniejszego Postępowania.

Jednocześnie stosownie do postanowień pkt. 20.8. SIWZ w celu oceny ofert Zamawiający przyjął następujące kryteria:

- 1) Całkowita cena brutto – waga: 50 %;
- 2) Termin realizacji - waga 25 %;
- 3) Okres gwarancji/okres rękojmi - waga 25%.

Izba stwierdziła również, że w pkt. 20.8.1. SIWZ Całkowita cena brutto Zamawiający określił sposób oceny punktowej dokonywanej na podstawie wzorów matematycznych w następujący sposób:

Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: całkowita cena brutto zostanie dokonana:

a) w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 20.7 wyniesie od 1 do 3, wg poniższego wzoru:

$$Co = Cn / Cb \times 100 \times 0,5$$

gdzie:

Co – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Całkowita cena brutto,

Cn – najniższa oferowana całkowita cena brutto,

Cb – całkowita cena brutto badanej oferty.

b) w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 20.7 wyniesie 4 lub więcej, wg poniższego schematu, (z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert – $\acute{S}o$):

- dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości $\acute{S}o$ dla obliczenia ilości pkt w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór A:

$$Co = ((\acute{S}o - Cb) / (\acute{S}o - Cn) \times 10 + 90) \times 0,5$$

- dla ofert z całkowitą ceną brutto powyżej wartości $\acute{S}o$ dla obliczenia ilości pkt w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór B:

$$Co = ((Cd - Cb) / (Cd - \acute{S}o) \times 60 + 30) \times 0,5$$

gdzie:

Co – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Całkowita cena brutto,

Cb – całkowita cena brutto badanej oferty,

Cn – najniższa oferowana całkowita cena brutto,

Cd – najdroższa oferowana całkowita cena brutto,

$\acute{S}o$ – średnia miarodajna wartość ofert, która obliczona będzie na podstawie poniższego wzoru:

$$\acute{S}o = Ca1 + Ca2 + \dots + Can / In$$

gdzie:

Ca1+Ca2+...+Can – suma wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 20.7 z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej,

In – liczba ofert, o których mowa w pkt 20.7 z wyłączeniem ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej.

Uwaga: obliczenia prowadzone będą z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.

Natomiast w pkt.20.9. SIWZ Zamawiający wskazał, że łączna suma punktów ze wszystkich kryteriów oceny ofert (z uwzględnieniem wag) zostanie obliczona wg wzoru:

$$Sp = Co + TR + KD + Ga$$

gdzie:

Sp – łączna suma punktów.

Co – liczba punktów w kryterium Całkowita cena brutto,

TR – liczba punktów w kryterium Termin realizacji zamówienia,

KD – liczba punktów w kryterium Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych),

Ga – liczba punktów w kryterium Okres gwarancji.

Ostatecznie w pkt. 20.10. SIWZ Zamawiający oświadczył, że uzna za najkorzystniejszą ofertę, która otrzyma największą łączną sumę punktów (Sp).

W oparciu o powyższe postanowienia SIWZ Izba doszła do przekonania, że stanowisko Odwołującego jest bezzasadne.

Według zapatrywania Izby z powołanej wyżej treści pkt. 20.7.SIWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający nie będzie oceniał i porównywał ofert odrzuconych i złożonych przez wykonawców wykluczonych.

Zdaniem Izby skutek prawny takiego zastrzeżenia jest taki, że oferty takich wykonawców są prawnie bezskuteczne, a wykonawcy ci nie biorą już udziału w przetargu, zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do brania ofert tych wykonawców wykluczonych lub z odrzuconymi ofertami do oceny najkorzystniejszej oferty.

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja Odwołującego – według Izby – jest wybiórcza, bowiem z jednej strony powołuje się on na sformułowanie z SIWZ „....ofert, o których mowa w pkt.20.7....”, twierdząc, że chodzi o wszystkie oferty złożone w przetargu, podczas, gdy przy wyliczaniu średniej miarodajnej podnosi, że powinny być brane pod uwagę jedynie oferty nieodrzucone i wykonawców niewykluczonych.

Takie niekonsekwentne rozumienie postanowień SIWZ jest niedopuszczalne i świadczy jedynie o próbie uzyskania korzystnego dla siebie wyniku przetargu z konsekwencjami wadliwego liczenia punktacji ofertowej dla innych wykonawców.

Dodatkowo Izba uznała również, że stwierdzenie Odwołującego, że gdyby uznać, że wyliczenie Zamawiającego jest prawidłowe, to przy definicji Cn i Cd, powinien dodać po przecinku słowa: „spośród ofert, o których mowa w punkcie 20.7”, a jeżeli nie ma tego dopisku, to oznacza, że bierze się pod uwagę wszystkie oferty, jest chybione.

W ocenie Izby SIWZ należało wyklądać zarówno literalnie, jak i systemowo, to znaczy w sytuacji braku takiego sformułowania, jak podaje Odwołujący, koniecznym było odniesienie się do wyłączeń z katalogu ofert, które miały być oceniane i porównywane.

Zamawiający wyraźnie oświadczył w pkt. 20.7. SIWZ, że nie będzie oceniał i porównywał ofert odrzuconych i złożonych przez wykonawców wykluczonych, co oznacza, że nie będą one brały udziału w procesie oceny i porównywania ofert, które swoim zakresem obejmują ocenę punktową szczegółowo opisaną w pkt. 20.8. SIWZ.

Jednocześnie, jeżeli Odwołujący miał w tym zakresie inne przemyślenia niż Zamawiający, to powinien je zasygnalizować na etapie tworzenia SIWZ w trybie przepisu art.38 ust.1 ustawy Pzp lub poprzez wniesiony w tamtym czasie środek ochrony prawnej, a w chwili obecnej zarzut odnoszący się do samej treści SIWZ należy uznać za spóźniony.

Reasumując, w przekonaniu Izby Zamawiający dokonał prawidłowego wyliczenia punktacji w kryterium oceny ofert i wobec tego nie naruszył zarzucanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....